

Nulidad de la inscripción empresarial / validez de la cotización laboral.

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

Resumen: *La nulidad de la inscripción no invalida los efectos de la cotización para el trabajador, la entidad gestora puede actuar de oficio porque no se afecta a ningún acto declarativo de derechos en perjuicio del beneficiario y aquélla ha de anticipar la pensión, previa declaración de responsabilidad empresarial en el abono de la misma, toda vez que se aprecian irregularidades ("anomalías") en los actos de encuadramiento y cotización, pero no ausencia de los mismos.*

Palabras clave: *Actos de encuadramiento, nulidad de la inscripción, validez de la cotización, acto declarativo de derecho, anticipo de pensión.*

Abstract: *The nullity of the registration does not invalidate the effects of the contribution for the worker, the managing entity can act ex officio because it does not affect any declaration of rights to the detriment of the beneficiary and it has to anticipate the pension, after a declaration of corporate responsibility in the payment of the same, whenever irregularities ("anomalies") are observed in the framing and listings acts, but not absence thereof.*

Keywords: *Framing acts, invalidity of registration, validity of contribution, declaration of law, advance payment of pension.*

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Tribunal: Tribunal Supremo, Sala Social.

Número y fecha de la sentencia: sentencia núm. 391/2020, de 22 de mayo.

Tipo y número de Recurso: RCUd núm. 54/2018.

ECLI:ES:TS:2020:1480

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos particulares: carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Con fecha 6 de febrero de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Salamanca, dictó sentencia desestimando la demanda del actor contra el Instituto Nacional de la

Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Organización Impulsora de Discapacitados (OID) y Organización de Nacional de Discapacitados Españoles y Europeos (ONDEE). El demandante, nacido en 1951, prestó servicios para la empresa OID para la empresa OID, con categoría profesional de agente comercial desde mayo de 2002 hasta noviembre de ese mismo año y con un contrato temporal a tiempo parcial de 20 horas semanales. Posteriormente suscribirá con la empresa dos contratos indefinidos a tiempo parcial, uno en septiembre de 2006 y otro en junio de 2007. Durante este periodo la empresa abonará los salarios al actor, descontando las cotizaciones a la Seguridad Social y efectuando las correspondientes cotizaciones. En enero de 2013, el demandante comenzará a prestar servicios para la ONDEE, con categoría profesional de dependiente y percibiendo un salario de 24,07€/ día.

Por Resolución de la TGSS, en octubre de 2006 se acordó de oficio declarar indebida la inscripción de la empresa OID y de las altas de todos sus trabajadores entre ellos el actor, y reponer a la empresa y a sus trabajadores al momento anterior a su inscripción y alta respectivamente. El motivo de la anulación fue que la empresa realizaba la actividad de venta de cupones careciendo de autorización administrativa siendo *"ilegal el ejercicio de una actividad que precisa de la preceptiva autorización administrativa si no se cuenta con ella"*. Contra esta decisión se interpuso recurso de alzada, desestimado, y recurso contencioso administrativo, asimismo desestimado.

Más tarde, en agosto de 2016, el actor solicita su pensión de jubilación, siendo denegada por el INSS por considerar que, en la fecha del hecho causante (agosto de 2016), sólo se acreditan 503 días cotizados en los últimos 15 años, no alcanzando los 694 días necesarios de acuerdo con el artículo 161.1 LGSS. El actor interpone reclamación previa contra esta resolución, que será desestimada. La sentencia del Juzgado de lo Social rechaza asimismo la demanda del trabajador después de aclarar que *"debemos partir de que existió alta y cotización durante la vigencia de la relación laboral, siendo la cuestión que se plantea determinar los efectos que produce un alta y cotización anulada, en concreto, si no obstante esa anulación cabe entender cumplido el requisito de carencia"*. Según la sentencia en cuestión, la declaración de nulidad del alta y cotización priva de consecuencias a la cotización pues de otra forma sería irrelevante y se dejaría sin efecto la referida anulación de la TGSS, confirmada judicialmente.

Interpuesto recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia declara el derecho del actor a percibir la pensión contributiva de jubilación y condena a la OID, como responsable del pago de la referida pensión, sin perjuicio del deber de anticipo de la Entidad Gestora. Subraya que al actor se le ha venido descontando el importe de su cotización a la Seguridad Social y que la resolución de la TGSS comporta que ha habido una conducta equivalente a *"absoluta falta de cumplimiento por parte del empresario de su obligación de tramitar el alta"*. En consecuencia, estima su petición y declara el derecho a percibir su pensión de jubilación, condenando a la mercantil OID como responsable del pago de la misma, todo ello y sin perjuicio del deber de anticipo de la entidad gestora. Contra dicho pronunciamiento interpone el INSS el recurso de casación para la unificación de doctrina que origina la sentencia que aquí se analiza.

III. Posiciones de las partes

La parte recurrente expone que se trata de determinar los efectos jurídicos de la nulidad radical del alta como trabajador en relación con una prestación, la jubilación. Más en concreto, si además de la responsabilidad directa de la empresa, cabe algún tipo de responsabilidad del INSS. Sostiene que la nulidad del contrato de trabajo implica que no concurre el requisito de alta, lo que impide atribuir cualquier tipo de responsabilidad al INSS. Se alega como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 18 de abril de 2008 en la que se reconoce derecho del actor a percibir prestaciones de incapacidad permanente absoluta (IPA) y declara la responsabilidad de la OID, que deberá constituir el capital coste necesario para el abono de las prestaciones.

Por su parte, el trabajador, en las alegaciones al recurso, cuestiona el requisito de contradicción entre las sentencias comparadas y defiende la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones. Tras la anulación del alta y de las cotizaciones, los periodos de alta y cotización que le constan al actor permitirían obtener una pensión conforme a los datos aportados, en particular, a 12.804 días de cotización para una pensión con efectos económicos desde agosto de 2016.

Finalmente, el Ministerio Fiscal estima procedente el recurso. Advierte que las cuestiones suscitadas en las sentencias comparadas son distintas, por lo que quiebra el requisito del artículo 219.1 LRJS. Subsidiariamente, considera que, dada la particularidad del caso, el recurso debe prosperar pues se trata de un supuesto distinto al del mero incumplimiento empresarial.

IV. Normativa aplicable al caso

Artículo 167 LGSS: *“3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago”.*

Artículo 94/LSS-1966: *“Imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones... 2. El empresario, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación de este Régimen General, será responsable de las prestaciones previstas en el mismo: a) Por falta de afiliación o alta, sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta de pleno derecho del número 3 del artículo anterior; b) Por falta de ingreso de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago...3. La responsabilidad del empresario regulada en este artículo será compatible con las demás de carácter administrativo o de otro orden que puedan originarse por el incumplimiento de sus obligaciones”.*

Artículo 95/LSS-1966: *Alcance de la responsabilidad empresarial y anticipo de prestaciones. 1.:... 4.^a Las prestaciones de vejez y las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia serán a cargo del empresario y se abonarán al trabajador o a sus derecho-habientes a través de la Entidad Gestora correspondiente. A tal efecto, el empresario constituirá en la misma o, en su caso, en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, el capital necesario para que se proceda con él al abono de las mencionadas prestaciones.... 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma cuarta del número anterior, cuando reconocido el derecho a una pensión de vejez a un trabajador que estuviese en alta el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores, la Entidad Gestora anticipará al beneficiario el pago de la pensión. No procederá este anticipo en el supuesto de empresas desaparecidas o que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio”.*

Artículo 96/LSS-1966: *“Procedimiento para la exigencia de responsabilidad: 5. En los supuestos a que se refieren los números 1 y 4 del presente artículo, la acción del trabajador para reclamar frente al empresario o empresarios responsables prescribirá al año, a contar desde la fecha en que la Entidad Gestora comunique al trabajador perjudicado su resolución administrativa firme por la que se le deniega en todo o en parte la prestación solicitada”.*

V. Doctrina básica

“Es verdad que las prestaciones reclamadas son distintas (jubilación en la sentencia recurrida; IPA en la referencial), pero, de entrada, consideramos que concurre la suficiente identidad como para examinar la pretensión del INSS... La discrepancia radica en la responsabilidad del INSS en el anticipo de la prestación, que en la sentencia recurrida se ha considerado concurrente y en la de contraste, no” (FJ 2).

“La STS de 22 mayo 2001 (rcud. 4093/2000) avala que la TGSS pueda de oficio proceder a la anulación de una previa inscripción de la OID y sin necesidad de presentar demanda de revisión (art. 145 LPL) cuando resulte que la empresa no ha logrado obtener la preceptiva autorización administrativa para realizar su actividad. Tras exponer detalladamente el tenor de las normas aplicables, las conclusiones alcanzadas se resumen así: a) la cancelación de la inscripción de la empresa recurrente en el RGSS efectuada de oficio por la TGSS, basándose en que la misma no gozaba de la necesaria autorización administrativa para el ejercicio de su objeto social (celebración de sorteos con premios en metálico), no implica, necesariamente y en abstracto, dejar sin efecto "actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios" ni con relación a la propia empresa, pues si bien la inscripción convierte a la empresa en centro de imputación formal de determinadas relaciones jurídicas en el ámbito de la Seguridad Social no le otorga concretos derechos como beneficiaria de la Seguridad Social, ni siquiera con relación a los concretos trabajadores afectados, ya que la "afiliación" implica la incorporación formal de una persona incluida en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, adquiriendo el derecho potencial a la protección dispensada por las Entidades Gestoras, siempre que reúna las demás condiciones legales, pero no les otorga en abstracto concretos derechos como beneficiarios... y c) aunque hipotéticamente se entendiera que de la inscripción empresarial surgen derechos concretos en favor de los beneficiarios y que la cancelación de la inscripción pudiera comportar dejar sin efecto "actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios", el fundamento de la concreta resolución administrativa impugnada justifica la actuación de oficio seguida pues, conforme a la doctrina de esta Sala, el motivo existente pudiera calificarse, conforme al art. 62.1 f) de la Ley 30/1992, "como un supuesto de nulidad de pleno derecho la falta de un requisito esencial en el reconocimiento de una prestación", o, en último extremo, habría concurrido "un hecho nuevo que incida en la situación existente cuando se reconoció el derecho o la prestación", por lo que resultaría conforme a derecho la actuación de oficio de la TGSS ahora cuestionada” (FJ 3).

“La STS de 13 mayo 2002 (rcud. 2568/2001) vuelve a examinar el tema de si la TGSS puede llevar a cabo la revisión de oficio... La resolución insiste en que la Tesorería puede, de oficio, cursar las bajas y está exenta de acudir a la vía judicial mediante el procedimiento del artículo 145.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, "por estar ante un contrato inexistente ya que nació viciado" (FJ 3).

“Las SSTS 16 octubre 2012 (rcud. 4343/2010) y 17 octubre 2012 (rcud. 4339/2010) ...entiende que el argumento sobre facultad de la TGSS para anular actos de encuadramiento ilícitos porque no afectan directamente a derechos de los beneficiarios "podría quizás ser aplicable analógicamente a un supuesto como el de autos en el que la "anulación" de las cotizaciones sin su devolución conduce indirectamente a negar una prestación por insuficiencia del período de carencia" (FJ 3).

“La STS 16 diciembre 2009 (rcud. 4356/2008) reconoce el derecho al anticipo en casos en los que, como en la jubilación, ya no se exige esa situación para poder acceder al derecho...En suma, no siendo exigible la situación de alta para acceder a la pensión de jubilación con declaración de responsabilidad empresarial, tampoco cabe establecer ese requisito para un momento posterior y complementario del percibo que constituye el anticipo como garantía del cobro de la prestación ” (FJ 4).

“Es un dato probado que el trabajador ha venido cotizando a la Seguridad Social y que lo que existe es un incumplimiento empresarial de obligaciones tanto administrativas (desarrollo de actividad sujeta a autorización, sin obtenerla previamente) cuanto instrumentales de Seguridad Social (inscripción, afiliación, cotización), aunque el incumplimiento de éstas fue sobrevenido. En el presente caso “debemos partir de que existió alta y cotización durante la vigencia de la relación laboral” (FJ 5).

“La ilicitud de la actividad desempeñada no es intrínseca (como sucedería, por ejemplo, con la contratación de una persona para sustraer mercancías o interceptar comunicaciones privadas), sino que puede considerarse como extrínseca al negocio jurídico (esto es, la venta de los cupones en cuestión sería legal si la empresa hubiera contenido la preceptiva autorización administrativa). Además de ser posible, el objeto del contrato ha de ser lícito (artículo 3.1 c ET) esto es, que no sea contrario a las “leyes o a las buenas costumbres” en dicción del artículo 1271.3 CC. Una venerable doctrina del Tribunal Central de Trabajo vino sosteniendo que, si las tareas pactadas son perfectamente legales, la ilicitud de la actividad empresarial no se comunica necesariamente al objeto del contrato [SSTCT de 7 de octubre de 1981 y de 11 de julio de 1973 [RCT 1973, 3253]. En todo caso, las anomalías detectadas son ajenas a la voluntad del beneficiario; la TGSS en ningún momento ha puesto en marcha un procedimiento judicial para restringir los beneficios derivados de una dilatada situación de trabajo y cotización” (FJ 5).

“...Porque lo innegable es que la ilícita actividad empresarial y la posterior actuación de la TGSS comportan que pueda considerarse que el alta del trabajador no concurría o que lo cotizado era insuficiente; tales anomalías abocan a la atribución de responsabilidad empresarial en orden al pago de la pensión, pero no a su ausencia” (FJ 5).

VI. Parte dispositiva

“Por los argumentos y razonamientos expuesto consideramos que la sentencia recurrida contiene la buena doctrina cuando se trata de acceder a una pensión de jubilación en las condiciones expuestas... En consecuencia, la Sala ha decide:

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Álvarez Moreno.

2º) Confirmar la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Valladolid), de 19 de octubre de 2017, en el recurso de suplicación nº 818/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 6 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Salamanca, en los autos nº 704/2016, seguidos a instancia de D. Anselmo contra dicho recurrente, la Tesorería General de la Seguridad Social, Organización Impulsora de Discapacitados (OID) y la Organización de Discapacitados Españoles y Europeos (ONDEE), sobre jubilación, cuya firmeza declaramos.

3º) No realizar declaración imponiendo las costas, siendo de cuenta de cada parte las propias”.

VII. Pasajes decisivos

“Nuestras sentencias aceptan que la TGSS anule de oficio la inscripción de la OID en la Seguridad Social habida cuenta de que ha realizado una actividad contraria al ordenamiento jurídico. Y precisan que ha podido hacerlo sin necesidad de acudir a la jurisdicción social porque no estamos propiamente ante la anulación de actos declarativos de derechos en favor de los beneficiarios del sistema” (FJ 3).

“La STS 16 diciembre 2009 (rcud. 4356/2008) reconoce el derecho al anticipo en casos en los que, como en la jubilación, ya no se exige esa situación para poder acceder al derecho” (FJ 4).

“Como acabamos de recordar, de la mano de la STS 16 diciembre 2009 (rcud. 4356/2008), respecto de la jubilación también juega la regla o principio de anticipo de pensiones a cargo de la Entidad Gestora, sin perjuicio de repetir responsabilidades frente a la empresa” (FJ 5).

VIII. Comentario

1. La actividad desarrollada por un trabajador para una empresa durante el período en que esta última permaneció inscrita en la Seguridad Social tiene efectos en la misma. Fundamentalmente, su encuadramiento, su cotización y el acceso a las prestaciones correspondientes que exigieren alta durante dicho período. Sin embargo, la posterior anulación de la inscripción de la empresa al sistema tiene efectos no sólo en relación a la situación de la empresa con la Seguridad Social sino, lo que es más importante, a las prestaciones o pensiones de sus trabajadores.

En principio, anular la inscripción debería suponer anular el alta y también la cotización efectuada por empresario y trabajador a todos los efectos, salvo la retroactividad prohibida en situaciones ya firmes. El problema surge con los efectos *ad futurum* de dicha nulidad. El principal sería que, anulada la inscripción, anulados los efectos de la cotización y, por tanto, dichas cotizaciones no se habrían producido por parte del trabajador -tampoco por parte del empleador- durante el período que queda anulado. De ser así, el trabajador podrá solicitar la devolución de su cotización indebida y también podría hacerlo el empresario por el importe correspondiente. En consecuencia, quedaría “borrada” la existencia de dicha cotización para futuras pensiones del trabajador -las prestaciones se habrían originado durante el alta del mismo-.

Pero no es así. Hay diferentes criterios que, en esta sentencia cumulativa de la suma de doctrina jurisprudencial al respecto, perduran y alcanzan una solución distinta; a saber, el mantenimiento de los efectos de la cotización también en la pensión futura. Tres conclusiones destacan en la misma; una, que la TGSS puede actuar de oficio, sin necesidad de solicitar autorización judicial en un supuesto como el descrito porque no implica actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios; otra, que no procede la devolución de la cotización ante la ausencia de reclamación de la misma; y, por último, que las cotizaciones retenidas e ingresadas benefician al trabajador en su posterior pensión de jubilación, si bien se discute si, admitida la responsabilidad empresarial en el pago de la misma, procede o no el anticipo de su abono por las entidades gestoras.

2. Aunque se parte de la validez de la “desinscripción” de la empresa, cabría cuestionar esta actuación pues si la citada “desinscripción” no se hubiera producido conforme a Derecho no cabría cuestionar ni las cotizaciones efectuadas ni la eficacia de las mismas. Ciertamente, las entidades gestoras pueden revisar su actuación de oficio sin acudir a un proceso judicial salvo que afecte a actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios. Cuando, en este caso, actúa la entidad gestora anulando la inscripción porque la actividad de la empresa no es susceptible de encuadramiento en el sistema se parte de la base de que no existe acto declarativo de derechos que perjudique al beneficiario. Sin embargo, en el futuro, la opción por no computar las cotizaciones ya efectuadas y abonadas por parte del trabajador en sus posteriores pensiones sí que supondría un perjuicio para aquél. No obstante, se trata de valorar si el acto de “inscripción” supone un acto declarativo de derechos a efectos de que la “desinscripción” también esté avalada por esta misma calificación, con lo que el procedimiento llevado a cabo no sería válido y esta actuación administrativa no tendría efectos.

Varios datos derivados de lo prescrito en el RD 84/1996, 26 de enero, BOE, 27, que recoge las normas reglamentarias sobre encuadramiento en la Seguridad Social, obligarían a advertir que se trata de un acto de reconocimiento de derechos. Así, su obligatoriedad (artículo 5), el contenido de la solicitud de inscripción (artículo 11), la identificación de sus códigos de cuenta de cotización (artículo 13) o, en fin, la opción de cobertura de determinadas contingencias (artículos 14 y 15, entre otros). La norma

avala la actuación de oficio de la TGSS cuando *“tuviese conocimiento de la inscripción de empresas carentes de actividad y sin reunir los requisitos para estar inscritas en el correspondiente régimen de Seguridad Social procederá de oficio a dejar sin efecto la inscripción efectuada”* (artículo 20.4). Por lo demás, la misma norma reglamentaria señala que cabe la actuación de oficio para proceder a los actos de encuadramiento *“siempre que no se afecte a actos declarativos de derechos”* (artículo 56.1). Debe advertirse, asimismo, que esa actuación de oficio no implica la nulidad de la inscripción sino la extinción de la misma desde ese momento, al dejar sin efecto la inscripción correspondiente. No en vano, la citada norma determina cómo *“la inscripción indebida del empresario en el Registro establecido al respecto se anotará en el mismo con efectos desde la fecha fijada en la resolución administrativa que la declare indebida”* (artículo 57.1).

El actual artículo 146 LRJS no señala cuáles son los actos declarativos de derechos que no perjudican a los beneficiarios y que no son susceptibles de revisión por la autoridad judicial. Por un lado, cabría indicar que, tal y como señala el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se trata de un “acto favorable” para el interesado que resulta anulable previa declaración de lesividad para el interés público. La lesión aquí se deriva de una inscripción que no debería haberse efectuado y una cotización que no debiera haber tenido efectos. Mas, comoquiera que el plazo tanto en el ámbito administrativo como en el proceso social (artículo 146 LRJS) para proceder a la revisión de dichos actos “declarativos de derechos” es de cuatro años, operará dicha prescripción cuando, transcurrido el tiempo, el beneficiario solicite su correspondiente pensión de jubilación (en el caso en cuestión, cotizaciones efectuadas en 2002 y pensión solicitada en 2016). Por lo tanto, por esta vía, no podría alegarse “lesión” a la Administración, ya prescrita. Pero, además, y, en segundo lugar, si la referencia se hace únicamente a la “desinscripción” -y no a los efectos de la misma- procedería matizar que, en este supuesto, aquélla no implica tanto la extinción de la inscripción *ad futurum* como la “nulidad” de los efectos de la misma, por lo que se impone acudir al procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos del citado artículo 146 LRJS. De lo contrario, la actuación administrativa carecería de cobertura legal.

3. Mas la sentencia parte de la validez de esta actuación administrativa con la que se anula de oficio la inscripción empresarial. Conviene precisar que la nulidad de la inscripción sobreviene a la actividad de la empresa que, inscrita y formalmente encuadrada en la Seguridad Social, opera en el mercado hasta su expulsión del sistema. Por lo tanto, no es que la inscripción no produzca efectos, sino que dejará de producirlos cuando se inste la revisión de su inclusión en el sistema. Cabría cuestionar el celo administrativo al permitir la inscripción de una empresa que no puede operar en el mercado con la finalidad para la que se constituye, mas previsiblemente no sea ésta la función de las entidades gestoras de la Seguridad Social que han de comprobar la constitución como empresa y su registro, y no los permisos administrativos para realizar una determinada actuación mercantil. Con todo, la nulidad puede significar que algo no “vale” o no “existe” o puede suponer que algo “no produce efecto”. Como señala la doctrina civilista (Carrasco Perera) -bien que en relación a los contratos privados-, la nulidad (o ineficacia absoluta) constituye un tipo de ineficacia estructural, cuando un contrato o una relación adolece de uno de los elementos esenciales de la misma o deriva de una situación prohibida. Sin embargo, la anulabilidad (o eficacia relativa) opera sobre contratos o relaciones válidas que pueden ser retroactivamente anulados mediante una acción de impugnación o se conciben como provisionalmente nulos pero convalidables si la acción declarativa de nulidad no se ejerce en un determinado plazo.

Esta última acepción es la única viable para el supuesto que se nos plantea pues no tendría sentido proclamar la nulidad absoluta de la inscripción empresarial y la validez plena de la cotización laboral. Por otra parte, las cotizaciones surtieron su efecto mientras se realizaron por lo que no se puede considerar de forma “bipolar” que se produjeron pero que no se produjeron al mismo tiempo. Además, la ilicitud sobrevinida de la actividad empresarial no predetermina la no realización de la

actividad laboral toda vez que la prestación de servicios fue real -no se cuestiona- y el ingreso de la cotización fue efectivo -y no indebido-. En consecuencia, el trabajador no debe soportar las vicisitudes administrativas de su empresa cuando no ha existido ningún elemento que apunte fraude de ley o abuso de derecho en su conducta ni la prueba de declaración de nulidad de su contrato. Distinto sería si se probara la connivencia entre empresario -conocedor de la ilicitud, pero demandante de la inscripción- y el trabajador -conocedor de la ilicitud y cotizante indebido del sistema-.

4. Para finalizar, se impone el análisis del anticipo de la pensión por la entidad gestora, cuestión nada pacífica. Si se considera que la empresa ha incumplido plenamente su obligación de inscripción, entonces la entidad gestora deberá anticipar la pensión sin perjuicio de su derecho a repetir sobre el empresario incumplidor. Si, por el contrario, se entiende que no existía obligación alguna de inscripción por parte de la empresa, la entidad gestora no asumirá ninguna responsabilidad en cuanto a la pensión demandada, ni siquiera en relación al anticipo de la misma.

La solución cabe derivarla de lo prescrito en el artículo 95.2 LSS/96. Mas la controversia no radica, en principio, en la cuestión sobre la necesidad de estar en alta por parte del trabajador -ahora no exigida legalmente-, sino que se basa en que la condición para que opere el anticipo de la entidad gestora es que el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores. Y, en este caso, el empresario cumplió, se inscribió, efectuó el alta y cotizó. Por lo demás, la norma establece asimismo que no procederá dicho anticipo en empresas desaparecidas o que, por su especial naturaleza, no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Una empresa cuya inscripción ha sido anulada por actividad irregular resultaría asimilable a estos requisitos.

IX. Apunte final

La solución apuntada por la sentencia analizada es consecuencia de la construcción jurisprudencial que precede en esta materia. Y, así, la nulidad de la inscripción no invalida los efectos de la cotización para el trabajador, la entidad gestora puede actuar de oficio porque no se afecta a ningún acto declarativo de derechos en perjuicio del beneficiario y aquella ha de anticipar la pensión, previa declaración de responsabilidad empresarial en el abono de la misma, toda vez que se aprecian irregularidades ("anomalías") en los actos de encuadramiento y cotización, pero no ausencia de los mismos. Sin embargo, la nulidad de la inscripción debería "arrastrar" la ineficacia de todo lo derivado de su declaración. También de la cotización, que debiera ser devuelta tanto a la empresa como al trabajador para evitar un enriquecimiento injusto de la administración de la Seguridad Social. De lo contrario, se estaría consolidando una actuación no del todo lícita; inscripción irregular y validez de la cotización por ausencia de reclamación de los titulares de la misma que, mediante esta actuación omisiva, acceden a una pensión del sistema. Por lo demás, cabría cuestionar la conformidad a Derecho de una "desinscripción" de oficio como la analizada. No en vano, aquí, la existencia de un acto declarativo de derecho se observa cuando ha transcurrido el plazo de prescripción de la declaración de lesividad en la solicitud de una pensión de jubilación basada en cotizaciones "irregulares" de hace más de una década. Finalmente, resulta dudosa la responsabilidad anticipatoria de la entidad gestora sustentada en que no ha habido ausencia de requisitos, ya que el acto principal de encuadramiento como es la inclusión de la empresa en el sistema existió y produjo sus efectos, aunque haya sido anulado posteriormente. Con todo, los antecedentes jurisprudenciales destacados en la sentencia y la confianza legítima del trabajador que cotizó convenientemente al sistema y no ha tenido conocimiento de ninguna vicisitud al respecto hasta solicitar su pensión, merecen la protección dispensada por esta decisión judicial.